

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

Le Mariage par Procuration

(Loi du 4 Avril 1915)

THÈSE

pour le doctorat ès-sciences juridiques

présentée et soutenue le Mercredi 23 Novembre 1921, à 14 heures

PAR

XAVIER DUSSAC

MM. PIEDELIÈVRE, professeur, *président.*

CAPITANT, professeur, {
RIPERT, professeur, { *suffragants.*

PARIS

SOCIÉTÉ GÉNÉRALE D'IMPRIMERIE

46, RUE JACOB, 46

1921



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Le Mariage par Procuration

DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

THÈSE

THÈSE POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

Le Mariage par Procuration

(Loi du 4 Avril 1915)

THÈSE

pour le doctorat ès-sciences juridiques

présentée et soutenue le Mercredi 23 Novembre 1921, à 14 heures

PAR

XAVIER DUSSAC



MM. PIEDELIÈVRE, professeur, *président.*

CAPITANT, professeur, { *suffragants.*
RIPERT, professeur, {

PARIS

SOCIÉTÉ GÉNÉRALE D'IMPRIMERIE

46, RUE JACOB, 46

—
1921

A MA MÈRE

A TOUS LES MIENS

LES VIVANTS

ET

LES MORTS

Xavier DUSSAC.

CHAPITRE PREMIER

SECTION I.

Le Mariage par procuration en Droit romain.

Le mariage par procuration, ou, pour employer une expression plus pittoresque en même temps que plus exacte, *par procureur*, était-il connu et pratiqué des Romains dans l'ancien état du Droit ? On l'a quelquefois soutenu en se référant à un texte de la *L. de Ritu-Nupti*, d'après lequel le consentement des futurs époux pouvait être donné « *per nuntium vel epistolam* ».

Disons tout de suite que, pour notre part, nous rejetons formellement une pareille interprétation : non seulement elle est contraire aux principes généraux, et à l'esprit de l'ancien droit romain, mais encore elle ne résiste pas à l'analyse des modes de formation du mariage, à l'époque où celui-ci se confondait avec la *manus*.

Nous savons, en effet, qu'avant l'époque classique « la *manus* s'acquerrait et, par conséquent, le mariage

se formait » par trois procédés (1) : la *confarreatio*, la *coemptio* et l'*usus*.

La *confarreatio*, qui était un mariage essentiellement religieux, aristocratique, comportait, outre l'offrande à Jupiter d'un pain d'épeautre, la *prononciation par les futurs époux* de paroles sacramentelles, devant le grand pontife, le flamine de Jupiter et dix témoins. Or, comment admettre l'intervention d'un procureur avec un pareil mode de célébration du mariage? Nous sommes à une époque essentiellement formaliste où, dans une cérémonie quelconque, les moindres gestes ont une importance capitale, où l'omission d'un mot pouvait annuler l'acte; en ce qui concerne le mariage, les parties devaient prononcer *elles-mêmes* des paroles sacramentelles qui, autant que leur présence, contribuaient à former l'union des époux, et il nous semble impossible de penser qu'un procureur pouvait agir valablement en ce cas.

De même pour la *coemptio* qui était pour le mariage ce qu'était la *mancipation* pour les choses précieuses. Gaius nous dit, en effet, que les formes de ces deux institutions étaient les mêmes et qu'elles ne différaient que par les paroles à prononcer. La présence des époux était indispensable. N'oublions pas que le mariage n'est pas encore, comme il le deviendra plus tard en droit canon, un contrat, c'est un simple acte

(1) Girard, manuel élémentaire de Droit romain, p. 151.

qui crée un état de vie nouveau : les Romains ne connaissaient même pas à cette époque le contrat de mandat et il est impossible d'admettre, étant donné leur strict formalisme, que l'acte de mariage put produire des conséquences valables chez une personne autre que celle qui avait figuré à la cérémonie !

La question ne se pose même pas pour l'*usus*, qui supposait la cohabitation effective pendant un an.

Et si plus tard, l'Eglise a adopté d'emblée l'intervention d'un procureur, c'est qu'elle avait admis que le mariage était un contrat purement consensuel, ce que les Romains n'avaient jamais connu, car, malgré le fameux adage d'Ulpien : « *nuptias non concubitus sed consensus facit* », il fallait quelque chose de plus pour que l'acte fut valable : la mise de la femme à la disposition du mari.

SECTION II

Le mariage par « procureur » en Droit canonique.

On ne s'occupe guère de la théorie du mariage « par procureur », en Droit canon, avant la fin du douzième siècle, et nous n'avons sur ce sujet qu'un texte du commencement du quatorzième : c'est le célèbre chapitre *De Procuratoribus*, neuvième et dernier au texte des *Decretales* de Boniface VIII, vers l'an 1300. Depuis lors, cette législation particulièrement mince n'a été ni modifiée ni complétée.

Voici ce que dit Boniface VIII : « *Procurator non aliter censetur idoneus ad matrimonium contrahendum, quam si ad hoc mandatum habuerit speciale. Et quamvis alios is qui constituitur ad negotia procurator, alium dare possit; in hos tamen casu propter magnum quod et facto tam arduo posset periculum imminere, non poterit deputare alium nisi hoc eidem speciatiter sit commissum. Sane si procurator ante quam contraxerit a domino fuerit revocatus contractum postmodum, matrimonium ab eodem, licet tam ipse quam ea cum qua contraxerit, revocationem hujusmodi penitus igno-*

rarent, nullius momenti existit, quum illus consensus defecerit sine quo firmitatem habere inquit. »

On admettait couramment depuis de longues années, comme chose facile et normale, l'intervention d'un mandataire à un moment quelconque des négociations matrimoniales et Boniface VIII suppose le principe tellement évident qu'il ne l'énonce pas. Le procureur intervient dans le contrat de mariage comme dans beaucoup d'autres actes. Et la Bible nous en offre déjà un exemple avec l'histoire d'Eliezer chargé par Abraham d'aller chercher une femme pour son fils Isaac, mais il ne s'agissait pas là du véritable mariage par procuration.

Lorsqu'on fut pénétré de la nécessité de bâtir une théorie juridique du mariage et de ses éléments les conclusions de *Pierre Lombard*, à quelques exceptions secondaires près, furent unanimement acceptées, savoir que le mariage est, avant tout, un contrat consensuel; à ce titre, il est constitué par l'échange extérieur du consentement entre personnes habiles, et ce consentement est normalement exprimé par paroles de présent.

Pour qu'il y ait mariage, il est nécessaire et suffisant que les intéressés donnent simultanément leur consentement, pourvu, bien entendu, qu'ils soient aptes à le faire. Ainsi on interprétait le texte d'Ulpien : « *Nuptias non concubitus, sed consensus fecit* » comme la meilleure preuve qu'en droit romain le mariage était un contrat purement consensuel. Et

cette interprétation était en pleine harmonie avec la théorie du mariage-contrat bâtie par l'Eglise d'après les Livres Saints.

« Ni les arrangements préalables (1), ni l'intervention des familles ou leur consentement, ni une publicité quelconque ne peuvent être considérés comme essentiels ou requis à peine de nullité. »

On se demanda surtout si les paroles étaient nécessaires pour la manifestation et l'échange du consentement; les théologiens y attachaient une importance particulière puisqu'ils en faisaient la *forme* du sacrement, mais on admit que le consentement était valable sous quelque forme qu'il fut exprimé et il en est toujours ainsi.

« *Principium generale est consensum matrimoniale m iisdem modis exprimi potte quibus significatur consensus in aliis omnibus contractibus* — VERBIS, SIGNIS FACTIS, PER EPISTOLAM VEL NUNTIVM, PER PROCURATOREM, PER INTERPRETEM ». Gasparri. *De Matrim.* II, 958.

On admettait et l'on consacrait, par la même, le mariage des absents. M. Esmein nous dit (2) « que c'était une opinion admise dans la glose du décret que le mariage pouvait être contracté entre absents et par mandataire. »

(1) Boudinhon : *Le Canoniste contemporain* (1915).

(2) Esmein : *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 169 et note.

Une fois admise l'assimilation du mariage à un contrat consensuel, on appliqua, en notre matière, les dispositions très larges du Droit romain sur la constitution du mandataire, non en vue de l'union matrimoniale de n'importe quelle affaire (1).

Le procureur peut appartenir à l'un ou à l'autre sexe, à n'importe quelle religion ou condition sociale; il suffit qu'il soit présent et capable d'accomplir la mission dont il a été chargé oralement ou par écrit. « *Multo certius est nullam desiderare ætatem nec qualitatem aliam in procuratore ad matrimonium constituto, præter eam, quam jus naturale exposcit ad explicandum consensum nomine alterius, nimirum rationis usum* » (2).

Tout cela est d'une imprécision fâcheuse que n'a heureusement pas reproduite l'Archevêché de Paris dans ses instructions données aux curés pour la célébration du mariage religieux des mobilisés par procuration, et que nous aurons occasion d'analyser plus loin.

Le *Decretale* de Boniface VIII introduisit seulement, en ce qui concerne notre matière, trois limitations opportunes :

1° Il faut un mandat spécial : le mandat général ne suffit pas ;

(1) Esmein, *op. cit.*, t. I, p. 170, note 2.

(2) Cité d'après Esmein, *op. cit.*

2° Le mandat spécial à moins d'une autorisation expresse, n'autorise pas le procureur à se substituer un mandataire;

3° Le retrait du mandat opère aussitôt et entraîne la nullité du mariage contracté par le procureur avant notification de ce retrait.

La raison de cette réglementation est facile à saisir, le mariage est un contrat, certes, mais un contrat définitif sur lequel il n'est pas permis de revenir, et on ne saurait, pour un acte aussi grave, s'entourer de trop de garanties — « *propter magnum quod ex facto tam arduo posset periculum imminere* » — la seule critique que nous adressons au *Decretale* est de n'avoir pas réglementé aussi sévèrement le choix de la personne du procureur.

La spécialité du mandat s'entend en un double sens. Le procureur doit être nettement désigné et il a pouvoir de contracter mariage avec une personne déterminée. Il n'est pas sans intérêt de remarquer qu'à ce point de vue les instructions émanant de l'Archevêché de Paris, après la loi du 4 avril 1915, sur le mariage religieux des mobilisés reproduisent textuellement le *Decretale* de Boniface VIII.

Le second point ne comporte point de commentaire spécial.

Il faut noter que, de tout temps, les canonistes admirent que la rétractation du mandat entraînait la nullité du mariage, même si elle n'était pas connue du

procureur (1). Déjà, dans la glose de *Johannus Teutonicus*, nous avons ce texte topique : « *Requiritur quod duret voluntas prioris, nam requisitur ibi nuntius consensus secus tamen est in aliis mandatis, nam licet revocetur mandatum, altero ignorante, tenet tamen contractus.* »

La procuration aussitôt révoquée, soit par une manifestation expresse de volonté, soit par la mort du mandant, cesse d'être valable, ce qui la différencie d'une procuration ordinaire, qui persiste jusqu'à ce que sa révocation soit connue du procureur ou lui soit notifiée.

Gasparri expose très bien (2) les conséquences d'un retrait de consentement : « Si ce retrait résulte d'un acte officiel ou authentique, s'il est donné par devant notaire, par exemple, le mariage contracté postérieurement à cette révocation sera, sans nul doute, nul. Si, au contraire, la révocation a été faite sous signature privée, on retombe au droit commun et tout se réduit à une question de preuve, comme lorsqu'on veut obtenir une sentence de nullité pour un empêchement occulte de sa nature. »

Et comme le consentement persiste par cela seul qu'il n'a pas été révoqué, le mariage est valable même si au moment de la célébration le mandant est plongé

(1) Esmein, *op. cit.*, page 169, note 3.

(2) Gasparri, *loc. cit.*, n° 973.

dans l'ivresse ou dort, mais non s'il est atteint de folie parce que, dans le premier cas, l'usage de la raison est suspendu, dans le second cas il est éteint (1).

Après Boniface VIII, il n'y a plus de législation du mariage par procureur et nous ne trouvons aucun texte qui s'y rapporte, pas plus dans le *Juris Corpus canonici* que dans le Concile de Trente ou les constitutions pontificales.

Après le Concile de Trente qui exigea, on le sait, après de laborieuses discussions, à peine de nullité comme condition de publicité spéciale que le mariage fut conclu en présence du *parochus*, *in facie Ecclesiae* on se demanda si le mariage par procureur était encore possible. Mais la majorité de la Doctrine conclut avec Sanchez que ce mode de célébration restait permis : « *Expraxi totius Ecclesiae passim enim post Tridentinum celebrantem matrimonia per procuratores essetque intolerabilis error in Ecclesia tot matrimonia irrita censere.* »

Et le meilleur argument que l'on pouvait invoquer était que le Concile de Trente avait surtout visé la clandestinité des unions. Or l'intervention d'un procureur fournit, au moins, un témoin supplémentaire !

La Doctrine dominante alla même « jusqu'à soutenir qu'il n'est point nécessaire que les prêtres et les témoins constatent la réalité du mandat; ils n'ont

(1) Esmein, *loc. cit.*, page 171, note 1.

point à entrer dans cette vérification difficile; ils constatent seulement qu'un consentement en vue du mariage est donné devant eux: il vaudra ce qu'il pourra ! » (1).

En fait, il en va tout autrement et l'Eglise ne s'en tient plus aux seuls principes du droit canon. La constitution d'un procureur *ad matrimonium* doit être faite devant un curé et deux témoins, selon Boudinhon (2), « non comme solennité essentielle et à peine de nullité, ni par souci de se conformer aux prescriptions conciliaires, mais comme garantie d'authenticité et de certitude du mandat de procureur. »

En fait, il faut l'autorisation de l'Ordinaire pour qu'un curé puisse procéder au mariage par procuration.

De nos jours, la législation du mariage par procureur est fixée par trois canons promulgués par le Pape Benoît XV, lesquels n'apportent aucun changement aux principes que nous avons étudiés. En voici le texte :

Canon. 1.089.

« Formis diocesanis statutis desuper additis, ut matrimonium per procuratorem valide ineatur, requiritur mantatum speciale ad contrahendum cum certa persona, subscriptum a mandante vel a paro-

(1) Esmein, *loc. cit.* t. II, p. 214.

(2) Boudinhon, *op. cit.*

cho aut Ordinario loci in quod mandatum fit, vel a sacerdote ab alterutro delegato, vel a duobus saltem testibus.

Si mandans scribere nesciat, id in ipso mandato adnitetur et alius testis addatur qui scripturam ipse quoque subsiquet; secus mandatem irritum est.

Si antequam procurator nomine mandantis contraxerit, hic mandatum revocarent aut in amentiam inciderit, invalidum est matrimonium, tunc sive procurator sive alia pars contrahens hæc ignoraverint.

Ut matrimonium validum sit, procurator debet munere suo per se ipse fungi. »

Canon. 1.090.

*» Matrimonium per interpretem quoque contrahi
« protest. »*

Canon. 1.091.

« Matrimonio per procuratorem vel per interpretem contrahendo parochus ne assistat, nisi adsit perta causa et de authenticitate mandati vel de interpretio fide dubitori nullo modo liceat habita si tempus suppetat, ordinarii licentia.

SECTION III

Le mariage par procuration en Droit français jusqu'au Code Civil.

Nos anciens rois, tout en respectant et en suivant de très près les décisions de l'Eglise et de ses juriconsultes, ont réussi à dégager le mariage des seuls principes du droit canonique, et à créer une théorie du mariage contrat-laïque.

Mais la question de savoir si le mariage par procuration est permis, ne se pose même plus. Pothier (1), dans son « Traité du Contrat de mariage », dit :

« Ce mariage par procureur est valablement contracté lorsque les trois conditions du *Decretale* de Boniface VIII concourent. Quoique les parties réitérent par elles-mêmes la cérémonie de la célébration de leur mariage, ce n'est point la réitération de cette cérémonie, c'est la célébration qui a été faite par procureur qui donne au mariage sa perfection. »

(1) *op. cit.* p. 461 et 469, du t. I.

Et Pothier nous donne comme exemple et comme preuve qu'Henri IV, après avoir épousé par procureur Marie de Médicis, *consomma* son mariage à Lyon avant la réitération de la cérémonie.

De même, plus tard, quand Marie-Louise se présenta à Compiègne, à Napoléon I^{er}, elle lui remit une lettre de l'archevêque de Vienne attestant « que le mariage par procuration était suffisant pour que l'on pût se livrer à la consommation sans plus de cérémonie. »

Ainsi donc, la législation du mariage par procuration s'était maintenue intacte dans notre ancien droit, mais il est juste de dire que ce mode de célébration était d'un usage peu répandu, et réservé surtout aux personnes des familles souveraines. Bonaparte, lors de la discussion du projet devant le Conseil d'Etat, fit la remarque qu'il était tombé en désuétude.

Avec la Révolution, des changements profonds vont être apportés à notre matière. Tandis que sous l'ancien régime le mariage civil ne se séparait guère du mariage religieux, la Constitution de 1791 décrète, dans son Chapitre II, art. 7, que « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil », et prend des mesures radicales et très simples d'ailleurs.

En ce qui concerne le consentement, « ceux qui sont incapables de consentement ne peuvent se marier » et les formes selon lesquelles ce consentement peut être donné sont très simples : ce sont les

mêmes que sous l'ancien Régime, à part le remplacement du curé par le maire et de l'Eglise par la maison commune. De ce que l'officier de l'Etat civil prononçait l'union des parties *en leur présence*, M. Glasson conclut « que le mariage par mandataire n'est plus possible à partir de cette époque : la loi exige en termes formels la présence des parties ».

La plus grande partie de la Doctrine pense comme lui et elle invoque tout d'abord un argument de texte : l'art. 75 est formel quand il ordonne à l'officier de l'Etat civil de lire *aux parties* les dispositions du Chapitre VI du titre du mariage et il ajoute *in fine* que « l'officier recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ». *Demante, Delvincourt* et *Richelot* sont, là-dessus d'accord : « La comparution personnelle des parties au mariage est un des cas exceptionnels prévus par l'art. 36. »

Arntz (1) dit : « La présence des parties en personne n'est formellement exigée que pour l'acte de divorce par consentement mutuel, mais on doit admettre aussi la nécessité de la comparution personnelle dans l'acte de mariage. Cela résulte de la nature des formalités prescrites, notamment de la nécessité de la lecture du chapitre 6. »

Laurent enfin a apporté un argument décisif : pour

(1) Arntz : *Cours de Droit français*, 1879, t. I.

lui, ce serait le souci d'assurer plus largement la liberté des parties dans la célébration du mariage qui aurait amené la suppression du procureur. Ce qui est curieux, c'est que la plupart des auteurs ne se sont pas préoccupés de savoir quelle serait la sanction de l'inobservation des règles prescrites par l'art. 75. Il ne peut être question, bien entendu, que d'une nullité relative.

C'est dans ce sens qu'a conclu un jugement du Tribunal d'Ajaccio (1) dont il est intéressant de reproduire un des attendus :

« Considérant que bien que de l'ensemble des dispositions du Code relatives au mariage on puisse déduire que le législateur n'a pas entendu admettre le mariage par procuration néanmoins comme cela n'est défendu à peine de nullité par aucune disposition du Code, la nullité ne saurait être prononcée. »

Ce jugement fut d'ailleurs infirmé par un arrêt de la Cour de Bastia qui invoqua un argument très fort : qu'il importe de ranger le mariage en dehors des autres contrats en ce qui concerne le moment où les parties doivent donner leur consentement. En effet, ce contrat est d'une nature telle que les parties doivent conserver jusqu'au dernier instant leur pleine et entière liberté que diminuerait trop fortement un consentement donné longtemps à l'avance.

(1) Dalloz, 18492, p. 80.

Et nul ne pourrait forcer un officier de l'Etat civil à célébrer un mariage par procureur pour cette seule raison qu'aucun article du Code ne mentionne la procuration parmi les pièces qui doivent lui être remises.

Un dernier argument, de fait celui-là, vient appuyer notre opinion que, sous l'empire du Code civil, le mariage par procureur n'était plus possible, c'est qu'en fait il n'en a été célébré aucun. Il nous faudra arriver à la guerre de 1914 pour noter un changement à ce point de vue dans notre législation, mais nous aurons alors des textes formels. Ce sera la loi du 4 Avril 1915.

CHAPITRE II

SECTION I

Dispositif général de la loi du 4 avril 1915.

La loi du 4 avril 1915 fait partie d'un ensemble de dispositions législatives édictées en vue de faciliter aux mobilisés les différents actes de la vie juridique, notamment du plus important d'entre eux : le mariage. Au début des hostilités, le Procureur de la République près le Tribunal de la Seine accorda, par sa circulaire du 5 août 1914, dispense de publication pour tous les mariages des mobilisés et son exemple fut suivi par les parquets de France. La circulaire disait encore (1) : « Les circonstances présentes décideront MM. les Maires à se montrer très largement tolérants en ce qui concerne les pièces nécessaires à la célébration du mariage. C'est ainsi que les actes ou bulletins de naissance seront considérés comme réguliers bien que

(1) La Loi du 29 novembre 1914.

délivrés depuis plus de trois mois ; que les actes pourront être remplacés par les mentions de l'Etat civil portées sur les livrets militaires ou de famille ». On ne se montra inflexible, à bon droit, que pour une seule formalité : la transcription du jugement de divorce en marge de l'acte de mariage lorsque l'un des époux était divorcé.

Nous signalerons encore dans cet ordre d'idées la dispense d'autorisation prévue par les décrets du 16 juin et du 28 août 1808, délivrée selon les cas par le Ministre ou le Conseil d'Administration du Corps, et sans laquelle les militaires en activité de service ne pouvaient contracter mariage. Ces décrets ont été suspendus par le décret du 18 novembre 1914, sauf en ce qui concerne les officiers de l'armée active et les sous-officiers rengagés ou commissionnés.

Mais la loi de 1915 est de beaucoup celle qui a eu le plus de portée et les plus heureux résultats, bien qu'on ait pris comme à tâche de la compliquer. En voici le texte assez court :

« En temps de guerre, pour causes graves, et sur autorisation du ministre de la Justice et de la Guerre ou de la Marine, il peut être célébré à la célébration du mariage des militaires ou de marins, sans que le futur époux, s'il est présent sous les drapeaux, soit obligé de comparaître en personne et à condition qu'il soit représenté par un fondé de procuration spéciale.

Dans ce cas, le délai de trente jours francs prévu par les art. 151 et 154 du Code civil sera réduit à quinze jours francs.

La procuration dont il sera fait mention dans l'acte de mariage sera établie conformément à la loi du 8 juin 1893 et dispensée des droits de timbre et d'enregistrement.

'a présente loi est applicable à l'Algérie et aux colonies. »

Quand y aura-t-il causes graves ? La circulaire ministérielle du 8 avril, si importante et que nous aurons souvent l'occasion de citer nous le dira :

« Il y aura « cause grave » au sens de la loi nouvelle, non seulement s'il existe des enfants à légitimer ou en cas de grossesse de la future épouse, ou encore dans l'hypothèse où la mort de l'un des époux étant imminente, il s'agira de procéder à un mariage « in extremis » mais aussi toutes les fois que le futur époux désireux de donner suite à une promesse de mariage antérieure à la mobilisation, servira comme militaire ou marin à un poste où sa vie est en danger. »

Il est curieux de constater l'évolution qui s'est produite pendant l'élaboration et le vote de la loi : l'exposé des motifs disait : « Il est désirable que la procédure

prévue par le projet de loi ne soit appliquée qu'exceptionnellement et pour causes graves ». Mais, peu à peu, on se pénétra de cette idée que cette procédure rapide devait devenir le droit commun pour les mobilisés, et le rapporteur à la Chambre (1) s'exprimait ainsi: « La Commission de Législation civile demande que dans l'examen des causes graves, on se montre fort tolérant et large, et qu'entre autres, parmi les causes graves figurent : 1° les fiançailles avant la guerre; 2° une cohabitation reconnue ayant existée; 3° l'allocation accordée aux femmes vivant maritalement avant les hostilités, et auxquelles les commissions cantonales ont reconnu le droit à l'allocation. En un mot, ce ne sont pas seulement les causes graves telles que les définit la jurisprudence; ce sont également tous les motifs sérieux qui doivent dicter aux Ministres de la Guerre et de la Justice les autorisations qu'ils accorderont. Nous demandons que pour ces autorisations on témoigne de la plus grande bienveillance, car ceux qui se sacrifient en ce moment pour le pays ont le droit de jouir de leur pleine autonomie morale, et abuser vis-à-vis d'eux de la tutelle ministérielle, ce ne serait pas leur reconnaître la qualité d'homme dont ils font preuve chaque jour. Du moment qu'ils font l'offrande de leur vie au pays, ils peuvent bien offrir

(1) Deb. Parlem. p. 515, 1^{re} col., Chambre, séance du 1^{er} avril 1915.

leur nom à la compagne qu'ils ont choisie. C'est une satisfaction morale qu'il faut leur accorder, qui reconfortera non seulement nos vaillants soldats, mais les femmes et les enfants dont le sort dépend du vote de cette loi ! »



SECTION II

A quels mobilisés s'applique la loi ?

Les termes en sont très larges et par là même assez vagues : elle accorde le bénéfice de la procuration à « *tout militaire ou marin présent sous les drapeaux* ». Lorsqu'il s'est agi d'éviter aux mobilisés des ennuis résultant, par exemple, de poursuites judiciaires, on s'est montré très libéral, et on a compris parmi les « *mobilisés* », outre les soldats du front, les hommes affectés à des services de l'arrière, tous ceux qui occupent à quelque place et à quelque titre que ce soit une « fonction militaire ».

Mais nous estimons qu'au contraire, quand il s'agit de savoir qui peut se soustraire à l'obligation de se présenter *en personne* devant l'officier de l'Etat civil pour se marier, il vaut mieux restreindre ce droit aux hommes réellement empêchés, marins à bord des vaisseaux de guerre, soldats au front ou dans des bases lointaines.

A fortiori, pour des raisons plus impérieuses

encore, accorderons-nous le bénéfice de la loi de 1915 aux prisonniers qui doivent être considérés comme sous les drapeaux ; car il n'est pas douteux que, continuant à porter l'uniforme, à relever de la discipline et de la juridiction militaires. le captif reste « *mobilisé* » ! Il semble même que le législateur aurait dû penser à lui d'une façon particulière, en élaborant les textes qui font l'objet de notre étude, car en ce qui concerne la possibilité de rester en contact avec leurs familles ou leurs parents, les prisonniers étaient moins favorisés que leurs camarades du front qui, eux, du moins, avaient le bénéfice des permissions.

Pourtant, quel n'est pas notre étonnement de lire dans le rapport de M. Catalogne au Sénat (1) :

« Le projet de loi n'envisage pas la situation de nos
« soldats prisonniers... La commission a entrevu les
« difficultés de l'établissement d'une procuration en
« pays ennemi et a pensé que les chances de retour
« des prisonniers leur permettront plus tard l'accom-
« plissement de leurs devoirs... Il n'y a plus de consuls
« français en pays ennemi. Des consuls des nations
« amies représentent, il est vrai, nos intérêts, mais
« serait-il possible de leur demander de se transporter
« dans les camps de concentration à la recherche de
« tel ou tel soldat qui veut se marier. Au surplus, les

(1) *Journal Officiel*, Doc. Parlem. 1915, Sénat, p. 31, 1^{re} col.

« chances de survie sont plus grandes pour les prisonniers que pour les soldats. »

Le Sénat a eu l'inconcevable faiblesse d'approuver un pareil langage ; comme si, sous le prétexte qu'ils étaient loin des obus nos prisonniers n'étaient plus exposés à la mort ! Une visite aux cimetières allemands où se dressent d'innombrables tombes de nos soldats morts des suites de leurs blessures, ou faute de soins ou de mauvais traitements. montrerait au législateur combien il s'est lourdement trompé !

Comment peut-on, en outre, soutenir sérieusement qu'il n'est pas possible d'établir une procuration en pays ennemi ? Même en tenant pour exacte l'interprétation officiellement donnée à la loi, et d'après laquelle « la procuration ne peut être donnée que devant un officier ou fonctionnaire militaire », à l'exclusion des notaires, le refus du bénéfice de la procuration aux prisonniers ne se justifie par aucune excuse. Car la loi du 8 juin 1893 déclare compétents en « *temps de guerre* » et « *hors de France d'une façon absolue* » « *les fonctionnaires de l'intendance ou officiers du commissariat, officiers, commandants médecins* ». Or, il est inadmissible qu'un prisonnier ne peut se mettre en rapports, fût-il dans un lazaret, un hôpital ou un camp, avec un des officiers sus-nommés ! Il n'y avait aucune raison valable pour oublier ainsi des soldats français dont le nombre n'était pas inférieur à 600.000.

En réalité, le Sénat, conduit par cet optimisme

béat et dangereux qui, pendant la guerre, n'a cessé d'aveugler les Parlementaires français, pensait ici que les hostilités allaient se terminer dans quelques mois. Cette observation du rapporteur (1) paraît avoir pesé sur le vote du Sénat : « Bornons-nous à exprimer le « désir que la guerre finisse au plus vite et qu'une « paix triomphale nous rende nos prisonniers. Ceux-ci « après avoir rempli leurs devoirs envers la patrie les « rempliront aussi envers la famille. »

« Ce n'est pas par l'expression de nobles sentiments que l'on supplée aux insuffisances des lois » dit rudement M. Wahl, ou qu'on les excuse, ajouterons-nous (2).

Enfin, nous pensons que la nationalité n'entre pas en jeu pour déterminer qui a droit au bénéfice de la loi; un sujet espagnol ou danois, de même qu'un Anglais ou un Italien combattant dans les cadres de l'armée française, pourrait fort bien, selon nous, avoir recours à *un procureur* pourvu qu'il remplisse par ailleurs les conditions nécessaires, qu'il ait notamment la double autorisation du ministre de la Justice et de la Guerre.

(1) *Journal officiel* du 19 mars 1915, Déb. parlem. p. 106, 1^{re} col.

(2) Wahl : *La Revue trimestrielle de Droit civil*. — Article sur « le mariage par procuration des démobilisés ».

En réalité, le fait de n'avoir pris pour les prisonniers aucune mesure de faveur a paru tellement choquant que, sous la pression de la nécessité, on a dû assimiler les captifs aux mobilisés restés en France et par les deux lois du 19 août 1915 et du 7 avril 1918, on leur a accordé le bénéfice du mariage par procuration.

SECTION III

Du mandataire. — Son rôle.

La loi du 4 avril est muette sur la capacité requise pour être mandataire du futur époux.

Faut-il se reporter au Chapitre 1^{er} du Titre XIII, Livre III du Code civil, art. 1984 et s. q. qui règlent le droit commun, et d'après lesquels le mobilisé pourrait choisir pour le représenter n'importe quelle personne, son père, sa mère, voire même la future épouse, un mineur de l'un ou de l'autre sexe ? Evidemment non ! ce serait ridicule !

Une circulaire ministérielle du 8 avril 1915 (1) qui est venue compléter la loi nous donne à cet égard des précisions nécessaires ; elle a une telle importance qu'il est utile d'en reproduire les principaux passages :

« Une loi du 4 de ce mois habilite pendant la durée
« de la guerre les militaires et marins qui, à raison de
« leur présence sous les drapeaux, ne peuvent compa-
« raître devant l'officier de l'Etat civil, à se marier

(1) *Journal officiel* du 10 avril 1915.

« par procuration moyennant l'autorisation préalable
« du ministre de la Guerre ou de la Marine, et du
« Ministre de la Justice.

« ... Il est apparu au gouvernement qui a pris l'initiative de la loi et aux Chambres qui l'ont votée que le service de la patrie ne devait pas empêcher les citoyens mobilisés de réaliser les projets d'union qu'ils avaient formés avant la guerre et qu'il y avait des intérêts légitimes à concilier avec les exigences du devoir militaire.

« La faculté de contracter mariage par procuration a été subordonnée à la justification de *causes graves* dont l'appréciation a été laissée au ministre de la Justice et au ministre de la Guerre ou de la Marine, mais il résulte des travaux préparatoires de cette loi que cette expression empruntée à l'art. 164 du Code civil qui permet au Procureur de la République de l'arrondissement dans lequel le mariage sera célébré, d'accorder pour *causes graves* la dispense de la publication prévue par les art. 63, 64, 166, 167 et 168 du même Code et de tout délai, doit être interprétée de la manière la plus large.

« ... La procuration sera établie conformément à la loi du 8 juin 1893 sur les actes dressées aux armées.

« ... Je me suis mis d'accord avec Monsieur le Ministre de la Guerre pour régler les conditions d'application de la loi du 4 avril, de telle façon que les militaires qui voudront se marier par procuration puis-

sent obtenir satisfaction dans le plus bref délai possible.

« Nous nous sommes efforcés dans le cadre fixé par la loi de réduire le formalisme administratif au strict indispensable; la procédure à suivre sera aussi simple qu'expéditive :

« Ce militaire, en même temps qu'il se présentera devant l'officier ou le fonctionnaire compétent pour recevoir sa procuration, saisira ses chefs de sa demande d'autorisation. Cette demande ne sera astreinte à aucune forme particulière : elle pourra être écrite ou verbale.

« Si elle est faite par écrit, elle sera rédigée sur papier libre; si elle est reçue de vive voix, elle sera consignée dans un rapport de l'officier ou du fonctionnaire qui l'aura reçue.

« La demande ou le rapport précisera : 1° les motifs pour lesquels le militaire, au lieu d'attendre son retour dans ses foyers, désire se marier par procuration ; 2° s'il sollicite la dispense de publication et de tout délai en vertu de l'art. 169 du Code civil.

« En outre, pour tout militaire qui n'est pas âgé de plus de trente ans, la demande ou le rapport fera connaître s'il s'est assuré du consentement de ses parents à son mariage, ou dans le cas où ce consentement lui aurait été refusé et où il serait majeur, s'il leur a fait notifier son projet de mariage conformément aux articles 151 et 154 du même Code et à quelle date.

« L'officier ou le fonctionnaire militaire qui dressera l'acte aura soin d'appeler d'une façon toute particulière l'attention du militaire sur la nécessité de donner dans la procuration avec la plus stricte exactitude les renseignements relatifs tant à son propre état civil qu'à celui de la future épouse, afin d'éviter les retards qui ne manqueraient pas de se produire au cas où les indications figurant dans la procuration ne concorderaient pas avec celles qui sont portées sur les actes de naissance des futurs époux.

« Si les renseignements fournis par le militaire présentent des lacunes ou ne sont pas suffisamment sûrs, ils seront complétés ou vérifiés d'urgence; à cet effet, l'officier ou le fonctionnaire instrumentaire télégraphiera aux maires des communes où sont nés les futurs époux pour obtenir les indications contenues dans les actes de naissance.

« La demande accompagnée de la procuration sera transmise par la voie hiérarchique au Ministre de la Guerre avec avis des chefs du militaire sur la suite à donner.

« Le Ministre de la Guerre accordera ou refusera l'autorisation en se plaçant uniquement au point de vue militaire et en me laissant, en cas d'autorisation de sa part, le soin d'apprécier la décision définitive à prendre eu égard à la personnalité de la future épouse et aux *causes graves* invoquées dans la demande. Ce partage d'attributions permettra d'aboutir promptement

ment à une solution : Si le Ministre de la Guerre refuse l'autorisation, la procédure se trouvera close par la même et mon collègue fera aviser le militaire du rejet de sa demande. S'il accorde l'autorisation, en ce qui le concerne, il me transmettra le dossier auquel sera annexée sa décision favorable. »

Cette circulaire en ce qui concerne le choix du mandataire nous apporte des précisions assez étroites. Elle porte, en effet, que :

« Le fondé de procuration choisi par le militaire ou le marin, devra, à raison du caractère spécial du mandat dont il est investi et qui l'appelle à participer à un acte de l'état civil, remplir la condition essentielle qui est exigée des témoins à un tel acte par l'art. 37 du Code civil, c'est-à-dire qu'il devra être âgé de 21 ans au moins.. Comme il est destiné à représenter la personne du futur époux, ce ne pourra être qu'un homme; de plus, le mandat prévu par la loi nouvelle ne pourra être confié à un parent ou allié de la future épouse à un degré comportant prohibition au mariage.. Enfin, il y aura incompatibilité manifeste entre la qualité de fondé de procuration spéciale et celle d'officier de l'Etat civil appelé à dresser l'acte de mariage ou de témoin à cet acte. »

En ce qui concerne cette dernière exclusion, nous

n'aurons qu'un mot à dire, c'est qu'elle s'imposait. Mais les autres appellent de sérieuses réserves. Par exemple, exiger du mandataire les qualités requises du témoin, c'est faire entre ces deux termes une confusion fâcheuse : tandis que le mandataire a un rôle tout passif se bornant à répéter un consentement déjà donné, le témoin agit ; il atteste l'identité des parties ou contrôle, leur attitude. De plus, il faut que le mandataire soit âgé de 21 ans au moins : singulière exigence alors qu'en fait il arrivera souvent que le futur époux sera mineur ! D'autant plus que l'art. 1990 du Code civil admet formellement que « les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires » ! M. E. Lévy dit (1), non sans malice, que cette exigence bizarre « *n'est pas le meilleur moyen d'inciter l'époux à l'obéissance envers un homme dont l'âge permet de faire un mari mais non pas un fondé de procuration !* »

Mais ce qui est plus arbitraire et illogique encore, c'est que la circulaire qui, tout à l'heure, nous l'avons vu, assimilait les mandataires aux témoins, déclare maintenant que le procureur choisi, parce qu'il représente un homme, ne saurait être qu'une personne du sexe masculin ! oubliant intrépidement et l'art. 1990 du C. C. et la loi du 7 déc. 1897. Pour permettre de mieux apprécier l'inadvertance du législateur, rappelons qu'une mère naturelle, même sans procuration,

(1) M. Lévy : *La Loi*, n° des 14 et 15 avril 1915.

représente la personne de son fils dans une action en recherche de paternité.

Ce n'est pas tout : d'après la circulaire, « *le mandat prévu par la loi nouvelle ne pourra être confié à un parent ou allié de la future épouse à un degré comportant prohibition au mariage* ». Ainsi donc, le mobilisé ne pourra confier le soin de le représenter à son futur beau-père ou à l'oncle de sa femme, c'est-à-dire aux personnes à qui il songera en premier lieu, et le plus naturellement, surtout s'il est sans famille !

Voici une loi qui, votée pour faciliter le plus possible le mariage des mobilisés, arrive au résultat paradoxal de multiplier les obstacles et les gênes autour de cet acte si important. Ces erreurs juridiques du législateur se trouvent reproduites dans les instructions données par l'Archevêché de Paris aux curés de son diocèse et nous pensons qu'il n'est pas sans intérêt de les reproduire ici (1) :

« 1° La procuration doit se rapporter uniquement
« au mariage. Elle doit donner mandat à une per-
« sonne déterminée, de formuler aux lieu et place du
« mandant, le consentement à son mariage avec une
« personne déterminée.

« 2° Le mandataire doit exécuter le mandat par
« lui-même et ce à peine de nullité.

(1) *Le Temps*, du 29 avril 1915.

« 3° La procuration doit être écrite et présentée
« à l'official qui en examinera l'authenticité et per-
« mettra ensuite de procéder au mariage.

« 4° Cette procuration formulée spécialement en
« vue du mariage religieux sera dressée par un aumô-
« nier militaire (titulaire ou auxiliaire), assisté de
« deux témoins. Ceux-ci certifieront, sous la foi du
« serment, l'identité du mandant et aussi son état libre
« s'ils le connaissent suffisamment. Sinon, on se
« contentera du serment de l'intéressé lui-même.

« 5° L'archevêché fournit une formule de procu-
« ration à envoyer à l'intéressé.

« 6° Le mariage doit être célébré au domicile ou à
« la résidence de la future.

« 7° Le procureur sera du sexe masculin, et âgé
« de 21 ans au moins. On écartera le père, le frère,
« le fils et l'oncle de la future. Le procureur pourra
« être le même que celui désigné pour le mariage
« civil. »

Le mandat peut-il être donné en blanc ? On serait tenté de répondre par la négative, en s'en tenant à l'esprit et même à la lettre de la circulaire, d'après laquelle, en effet, le ministre de la Justice entend avant de donner son autorisation, vérifier si le mandat n'a pas été confié à une des nombreuses personnes déclarées incapables de le recevoir. Et pourtant il y aurait

un immense avantage pour le mobilisé à rédiger sa procuration en blanc : il se peut qu'il ne connaisse personne à l'endroit où le mariage doit être célébré, ou encore qu'il ait désigné quelqu'un qui sera devenu, après coup, incapable par suite de maladie ou de décès.

Le mandataire, qui aurait dû n'avoir qu'un pouvoir enregistreur consistant à transmettre le consentement donné par le mobilisé, se trouve muni d'un rôle actif très important. Bien qu'il n'ait pas d'avis propre à faire valoir, il peut déclarer au dernier moment qu'il ne consent pas au mariage et empêcher ainsi la réalisation de l'acte, au risque de se voir intenter, plus tard, par les époux qu'il aurait gravement gênés, une action en dommages-intérêts. Mais, en aucune façon, on ne pourrait passer outre au refus du mandataire, et on devrait demander au mobilisé une nouvelle procuration, ce qui, bien entendu, entraînerait des retards peut-être très préjudiciables.

Cette simple hypothèse montre combien le moyen employé par la loi est défectueux : le législateur aurait bien mieux fait de permettre au mobilisé de donner son consentement à une personne quelconque avec mission de le transmettre simplement à l'officier de l'Etat civil.

La circulaire ne nous dit pas si le mandataire choisi a le droit de se substituer quelqu'un, en cas d'empêchement, mais nous n'hésitons pas à l'admettre

pour des raisons pratiques de première importance ; et et nous ne faisons d'ailleurs, en ce cas, qu'appliquer les dispositions de l'art. 1994 du Code civil qui règle le droit commun et d'après lequel le mandataire, sauf défense expresse du mandant peut léguer son pouvoir à un tiers. Il va de soi qu'en cas de substitution entraînant un mauvais choix, le mandataire primitif serait responsable vis-à-vis du mobilisé par application des principes généraux qui régissent la matière.

Mais le cas d'une substitution ne se rencontrera pas souvent en pratique, toujours eu égard aux autorisations que les ministres de la Guerre et de la Justice se réservent le droit d'accorder. Que se passera-t-il si le mandant, entre le moment où il a donné la procuration et la célébration du mariage, vient à être tué?... D'après l'art. 2003 du Code civil, la procuration prend fin *ipso facto*, le mariage sera-t-il nul?... Le rapporteur du projet de loi (1) à la Chambre et le Ministre ont répondu non en invoquant les art. 2001 et 2002 du Code civil. Puisqu'il y a bonne foi, il y aura mariage putatif, tant à l'égard de la femme que des enfants nés ou à naître. Et ici le Rapporteur s'est trouvé d'accord avec la Cour de Cassation (2).

Une autre conséquence intéressante se produira au point de vue successoral: s'il y a mariage putatif, et

(1) *Journal Officiel*, Doc. Parlem. Ch. des Dép. 1915.

(2) Cass. 30 juillet 1900, Sirey (1902, I, 225).

nous savons que pour cela il est nécessaire et suffisant que la femme ait ignoré le décès de son mari, l'épouse pourra réclamer ses droits de conjoint survivant, bien que le mariage n'ait pas été encore célébré au moment où la succession s'est ouverte par la mort du *de cujus*.

SECTION IV

Forme de la procuration.

La procuration doit être: 1° spéciale; 2° authentique. La formule en est d'une rédaction heureuse, simple et claire:

« Par devant nous (nom, prénoms et qualité de
« l'officier ou du fonctionnaire militaire qui reçoit la
« procuration),

« A comparu X... (nom, prénoms et situation mili-
« taire, demeurant avant son incorporation à... et y
« exerçant la profession de... lequel a, par ces pré-
« sentes, déclaré constituer pour son fondé de procu-
« ration spéciale Y... (nom, prénoms, domicile,
« profession) en vertu de la loi du 4 avril 1915, à
« l'effet de le représenter au mariage qu'il a l'inten-
« tion de contracter devant l'officier de l'état civil
« de... avec la demoiselle ou la dame X... (nom, pré-
« noms, âge, profession, domicile) et de signer en
« conséquence en son nom l'acte de mariage.

« Ledit fondé de procuration le représentera, en
« outre, dans l'accomplissement de toutes les forma-
« lités préalables à la célébration du mariage.

« Fait à.... le....

La formule contient même une procuration pour reconnaître et légitimer un enfant naturel, que nous jugeons inutile de reproduire. Il est seulement regrettable que la circulaire ait exigé des détails nombreux et précis sur l'état civil des deux futurs époux, et si, comme cela se produira le plus souvent, le mobilisé n'a pas présent à la mémoire son état civil ou celui de sa fiancée, il lui faudra s'adresser au maire du lieu de naissance de sa future épouse, ce qui n'est pas précisément pour hâter la célébration du mariage.

Cette procuration qui est spéciale en ce sens qu'elle indique d'une façon précise la personne que le mobilisé veut épouser, doit être authentique comme l'acte de mariage lui-même. Reçue par un officier ou un fonctionnaire militaire, elle doit, conformément aux prescriptions de la loi du 8 juin 1893 être en brevet, et il serait d'ailleurs difficile qu'il en fût autrement, ces fonctionnaires ou officiers n'étant pas, en effet, conservateurs de minutes. Bien plus, elle doit être légalisée toujours aux termes de l'art. 4 de la loi sus-énoncée, à laquelle renvoie la circulaire et que nous reproduisons pour plus de clarté :

« Les actes reçus en les conditions indiquées en
« la présente loi seront rédigés en brevet. Ils seront
« légalisés par le commissaire aux armements s'ils ont
« été dressés à bord d'un bâtiment de l'Etat, par un
« fonctionnaire de l'Intendance ou par un officier du

« commissariat s'ils ont été rédigés dans un corps de
« troupe, et par le médecin-chef s'ils ont été dressés
« dans un hôpital ou une formation sanitaire mili-
« taire. »

La procuration est dispensée des *droits* de timbre
et d'enregistrement.

SECTION V

Conditions de fond et de forme du mariage.

Aucune des conditions de forme et de fond du mariage n'a été atteinte et il n'y a eu une légère modification qu'en ce qui concerne les notifications aux parents. Nous savons qu'en droit commun les articles 151 et 154 du Code civil prescrivent aux futurs époux âgés de moins de trente ans de faire à leurs parents une notification en remplacement des actes dits respectueux et le mariage ne peut être célébré que trente jours francs après cette notification. Sur un amendement de M. Herriot au Sénat (1), ce délai a été ramené à quinze jours.

Le législateur aurait pu aller plus loin et supprimer complètement ce délai, car elle a voulu surtout permettre au mobilisé de se marier vite, voire *in extremis*, puisqu'il est sans cesse exposé à la mort. Or, cette formalité basée uniquement sur un sentiment de déférence en soi très louable peut être de nature à empêcher dans bien des cas la réalisation du mariage.

(1) Sénat. Déb. Parlem., p. 106, 2^e et 3^e col. *Journal Officiel* du 19 mars 1915.

Dans les travaux préparatoires, on trouve la trace d'un souhait timide exprimant l'opinion que nous venons d'émettre : afin de donner, selon l'expression de M. Herriot plus « *d'autonomie morale* » au soldat, mais en invoquant une raison ridicule. On prétendait, en effet, que le soldat n'ayant pas eu besoin pour sa mobilisation du consentement de ses parents, pouvait aussi s'en passer pour son mariage !

Dans ces conditions, il n'aurait pas fallu distinguer entre les mobilisés, mais admettre que le soldat mineurs de dix-neuf ans pourrait aussi se marier sans l'autorisation de ses parents qui ne sont pas intervenus aussi pour son enrôlement.

Nous n'invoquons quant à nous pour soutenir notre idée que l'impérieuse nécessité d'aller vite et le fait des circonstances exceptionnelles.

Il y aurait à cette suppression un autre avantage : les notifications sont sans doute visées pour timbre et enregistrées gratis, mais encore faut-il qu'elles soient signifiées par un notaire ; or, celui-ci exigera des honoraires.

Les rapporteurs à la Chambre et au Sénat ont cru, il est vrai, remédier à cet inconvénient en rappelant aux notaires la loi du 10 décembre 1850 sur le mariage des indigents ; mais cette loi est tout à fait spéciale et ne peut jouer ici. Car pour avoir droit à la gratuité du ministère des notaires il faut avoir un certificat d'indigence délivré par le Commissaire de police ou le maire

de la commune, visé et approuvé par le juge de paix du canton. On voit comme c'est facile pour les mobilisés qui songeraient à invoquer la loi de 1850 !

Avec le maintien de la notification, une autre difficulté très sérieuse va s'élever fréquemment ; comment fera-t-on lorsqu'il s'agira d'un conjoint dont les parents sont restés en territoire envahi, avec lesquels aucune communication n'est possible. Le mobilisé devra-t-il attendre la fin de la guerre ? mais alors le but de la loi est manqué ! Le Ministre de la Justice a remis en vigueur une vénérable circulaire du 11 Messidor an XII, qui appliquait au cas présent les dispositions de l'article 70 du Code civil exigeant :

1° Un acte de notoriété avec sept témoins ;

2° L'homologation du dit acte.

Mais alors quelles lenteurs ! Autant dire que le mobilisé — mineur de trente ans — dont les parents sont restés en territoire envahi, ne pourra, faute de leur notifier son projet d'union, se marier ! Pour obvier à cet état de choses, la Commission de législation civile et criminelle de la Chambre a proposé un texte qui, légèrement remanié par le rapporteur au Sénat, M. Catalogne, est devenu la loi du 23 juillet 1916 ainsi conçue :

« Jusqu'à la fin des hostilités et lorsque l'impossibilité de procéder à la notification prescrite par les art. 151 et 154 du Code civil sera établie, une

« ordonnance du Président du Tribunal civil de l'arrondissement par lequel le mariage doit être célébré
« rendue sur requête du Procureur de la République,
« pourra dispenser de cette notification. L'ordonnance
« sur requête sera visée pour timbre et enregistrée
« gratuitement. Elle pourra être exécutoire sur minute
« avant enregistrement s'il en est ainsi ordonné. »

Il n'y a eu, du fait de la loi, aucun changement en ce qui concerne les publications. Le procureur de la République a continué à accorder des dispenses pour causes graves, mais ce faisant il s'est simplement conformé aux dispositions de l'article 169 du Code civil. En fait, on s'est montré très large. Certains Procureurs de la République, d'après M. Lévy (1), ayant même négligé d'examiner individuellement les demandes de dispenses et ayant décidé qu'aucune publication ne serait exigée des mobilisés.

Nous avons vu que le mariage ne peut être célébré par procuration qu'après que les Ministres de la Justice et de la Guerre auront donné leur autorisation. Cette dernière exigence peut surprendre de prime abord, mais semble logique si l'on se souvient que le bénéfice de la procuration est accordé seulement pour « causes graves » ; or, les deux ministres précités sont censés apprécier le sérieux des motifs invoqués à l'appui de la demande.

(1) La loi des 6 et 7 janvier 1915.

Ici encore, il eût été à notre avis plus simple d'adopter une mesure plus générale, plus large et d'admettre une fois pour toutes que la mobilisation étant en elle même une raison de force majeure, tous les militaires seraient dispensés de l'obligation de se présenter en personne devant l'officier de l'Etat civil. Mais on a craint des abus.

Laissons parler la circulaire ministérielle :

« Si la loi du 4 avril a fait dépendre le mariage par
« procuration d'une double autorisation, qui elle-
« même suppose des « *causes graves* », c'est pour
« éviter des abus et spécialement pour empêcher que
« cette forme nouvelle du mariage ne favorise des
« unions inspirées par des calculs intéressés, ce qui
« se produirait si des mariages venaient à être conclus
« entre des personnes qui n'avaient formé avant la
« guerre aucun projet matrimonial, et qui ne s'uni-
« raient que dans le but d'assurer à la future épouse
« certains avantages pécuniaires. »

Nous avouons franchement ne pas comprendre la la pensée du législateur : quel mal y aurait-il à ce qu'un soldat désireux de régulariser une ancienne liaison, sous l'influence des événements, ait songé à invoquer le bénéfice de la procuration pour aller plus vite ? Nous

(1) Wahl, *op. cit.*

ne voyons pas où se trouve l'abus dans ce cas. M. Wahl (1), dans la magistrale étude qu'il a consacrée à la question et à laquelle nous nous sommes reportés toujours avec fruit, dit très justement à ce propos : « Bien des fois, le mariage sera éminemment respectable sans qu'il y ait eu de projets antérieurs. La circulaire elle-même indique comme cause grave l'existence d'enfants nés de relations avec la femme ou la grossesse de celle-ci. Cela ne suppose en aucune manière que le mobilisé ait eu antérieurement à la guerre la volonté de l'épouser ; si la guerre ou la proximité du danger épurent assez sa conscience pour lui inspirer l'idée qui ne lui était jamais venue d'une réparation, on ne lui refusera pas l'autorisation.

Quant à vouloir assurer l'avenir d'une femme pour laquelle il éprouve une affection manifestée autrement que par des relations sexuelles suivies ou non de grossesse ou d'enfantement, est-ce là encore un but peu louable ? »

Nous regrettons vivement que l'on n'ait pas écouté les sages et généreuses paroles du Rapporteur à la Chambre :

« En l'espèce, les *calculs intéressés* soupçonnés seront tellement rares qu'autant valait ne pas en parler. Il y aura toujours des motifs sérieux pour muer en véritable mariage de conscience ce qu'une vieille locution désigne sous le nom de mariages *sous la cheminée*

ou *en détrempe*. A commencer par toutes les femmes non mariées légalement et cependant admises au bénéfice de l'allocation, de malheureuses femmes et de pauvres enfants, de valeureux soldats attendent impatiemment de pouvoir bénéficier dès lors du mariage. Aucune espérance ne doit être déçue. Il ne faut pas que la procédure prévue par le projet de loi ne soit qu'exceptionnellement. »

Nous donnons ici à titre documentaire un exemple d'acte de mariage par procuration, paru au *Journal officiel* :

« Le trente et un mai mil neuf cent quinze, à
« quatre heures du soir, devant nous Paul-Frédéric
« Millat, maire de Clairvoix, ont comparu publique-
« ment en la maison commune :

« Félicien-Joseph Baugy, soixante ans, peintre en
« bâtiments, domicilié 12, rue des Carmes, à Rouen,
« agissant comme fondé de procuration spéciale de
« Jean-Léon-Lucien Baugy, son neveu, garde-fores-
« tier de l'Etat, né à Varangeville-sur-Mer (Seine-
« Inférieure) le douze juillet 1875, demeurant à
« Compiègne, 3, rue Hurtebise, fils majeur de Ferdi-

« nand Baugy et de Claire Bouvreuilles, son épouse,
« tous deux décédés, lequel actuellement sergent-
« major au 254^e régiment d'infanterie, a obtenu les
« autorisations prévues par la loi du 4 avril 1915,
« d'une part,

« Et Juliette-Léonie Périnet, sans profession, née
« à Clairvoix, le cinq octobre 1876, demeurant à
« Clairvoix, villa des Lilas, fille majeure de Jérôme
« Périnet, employé de l'octroi à Compiègne, et de
« Fanny-Rose Brunet, son épouse, sans profession,
« domiciliée à Clairvoix, villa des Lilas, présente et
« consentante d'autre part;

« Les comparants déclarent qu'il n'a pas été fait
« de contrat de mariage.

« Aucune opposition n'ayant été faite, le fondé de
« procuration spéciale a déclaré que son mandant
« veut prendre pour épouse Juliette-Léonie Périnet qui
« a déclaré ensuite vouloir prendre pour époux Jean-
« Léon-Lucien Baugy et nous avons prononcé au nom
« de la loi que Jean-Léon-Lucien Baugy et Juliette-
« Léonie Périnet sont unis par le mariage.

« Dont acte en présence de (désignation des quatre
« témoins);

« Lecture faite par le fondé de procuration spé-
« ciale de l'époux, l'épouse, ses père et mère et les
« témoins ont signé avec nous. »

Voici, d'après des documents qui nous ont été fournis par le Ministère de la Guerre, une courte statistique qui illustrera notre étude.

Le nombre total de demandes de mariage par procuration parvenues au ministère de la Guerre depuis la promulgation de la loi du 4 avril 1915 jusqu'à ce jour est de 8.732, se décomposant ainsi :

Au 1 ^{er} juillet 1915 :	2.480	demandes parvenues.
Au 1 ^{er} janv. 1916 :	6.012	— —
Au 1 ^{er} avril 1917 :	8.159	— —
Au 1 ^{er} avril 1918 :	8.480	— —
Au 1 ^{er} avril 1919 :	8.703	— —
Au 30 avril 1921 :	8.732	— —

Sur ces huit mille sept cent trente-deux demandes, *six mille deux cent quarante* (6.240) mariages environ ont été célébrés; le nombre exact ne peut en être donné, certains maires des communes rurales principalement ayant négligé d'aviser l'administration de la guerre de la célébration du mariage, mais ces omissions ne peuvent affecter beaucoup notre total.

La différence entre le chiffre des demandes parvenues et celui des mariages accomplis est constituée par ordre d'importance, sans que l'on puisse établir une proportion rigoureuse :

1^o Des refus émanant des Ministres de la Guerre et de la Justice pour motifs insuffisants, mauvaise conduite de la future épouse, etc...;

« nand Baugy et de Claire Bouvreuilles, son épouse,
« tous deux décédés, lequel actuellement sergent-
« major au 254^e régiment d'infanterie, a obtenu les
« autorisations prévues par la loi du 4 avril 1915,
« d'une part,

« Et Juliette-Léonie Périnet, sans profession, née
« à Clairvoix, le cinq octobre 1876, demeurant à
« Clairvoix, villa des Lilas, fille majeure de Jérôme
« Périnet, employé de l'octroi à Compiègne, et de
« Fanny-Rose Brunet, son épouse, sans profession,
« domiciliée à Clairvoix, villa des Lilas, présente et
« consentante d'autre part;

« Les comparants déclarent qu'il n'a pas été fait
« de contrat de mariage.

« Aucune opposition n'ayant été faite, le fondé de
« procuration spéciale a déclaré que son mandant
« veut prendre pour épouse Juliette-Léonie Périnet qui
« a déclaré ensuite vouloir prendre pour époux Jean-
« Léon-Lucien Baugy et nous avons prononcé au nom
« de la loi que Jean-Léon-Lucien Baugy et Juliette-
« Léonie Périnet sont unis par le mariage.

« Dont acte en présence de (désignation des quatre
« témoins);

« Lecture faite par le fondé de procuration spé-
« ciale de l'époux, l'épouse, ses père et mère et les
« témoins ont signé avec nous. »

Voici, d'après des documents qui nous ont été fournis par le Ministère de la Guerre, une courte statistique qui illustrera notre étude.

Le nombre total de demandes de mariage par procuration parvenues au ministère de la Guerre depuis la promulgation de la loi du 4 avril 1915 jusqu'à ce jour est de 8.732, se décomposant ainsi :

Au 1 ^{er} juillet 1915 :	2.480	demandes parvenues.		
Au 1 ^{er} janv. 1916 :	6.012	—	—	
Au 1 ^{er} avril 1917 :	8.159	—	—	
Au 1 ^{er} avril 1918 :	8.480	—	—	
Au 1 ^{er} avril 1919 :	8.703	—	—	
Au 30 avril 1921 :	8.732	—	—	

Sur ces huit mille sept cent trente-deux demandes, *six mille deux cent quarante* (6.240) mariages environ ont été célébrés; le nombre exact ne peut en être donné, certains maires des communes rurales principalement ayant négligé d'aviser l'administration de la guerre de la célébration du mariage, mais ces omissions ne peuvent affecter beaucoup notre total.

La différence entre le chiffre des demandes parvenues et celui des mariages accomplis est constituée par ordre d'importance, sans que l'on puisse établir une proportion rigoureuse :

1^o Des refus émanant des Ministres de la Guerre et de la Justice pour motifs insuffisants, mauvaise conduite de la future épouse, etc...;

Le mandataire ne peut reconnaître un enfant naturel en vue de la légitimation que s'il y est spécialement autorisé.

ART. 2. — Le mariage déclaré nul comme célébré postérieurement au décès de l'un des époux produira cependant tous ses effets au point de vue de la légitimation des enfants naturels et des droits du conjoint survivant.

ART. 3. — La procuration est dispensée des droits d'enregistrement. Elle peut être dressée par les agents diplomatiques ou consulaires de la puissance étrangère chargée des intérêts belges dans les pays où les sujets belges sont retenus en captivité.

SECTION II

Utilité de la loi. — Son maintien désirable.

Conclusion.

La loi du 3 avril 1915 instituant aux termes de son article premier le mariage par procuration n'était applicable qu'en temps de guerre. Aussitôt que parut le décret fixant la date de la fin des hostilités, il fallut se préoccuper de la situation des nombreux marins et soldats qui, continuant à être mobilisés loin de France, en Syrie, Palestine, ou en Pologne, et désireux de se marier, ne pouvaient, du fait de leurs obligations militaires, obéir aux prescriptions de l'art. 75 du Code civil et se présenter en personne devant l'officier de l'Etat civil.

Leur situation fut réglée par un décret du 29 novembre 1919 paru à l'*Officiel* du 10 décembre 1919 et qui est ainsi conçu :

« ARTICLE PREMIER. — Les dispositions des lois
« des 4 avril 1915 et 19 août 1915 qui permettent en
« temps de guerre le mariage par procuration des
« des militaires ou marins présents sous les drapeaux

« sont prorogées, en ce qui concerne les militaires et
« marins relevant des armées en opérations hors de
« France jusqu'à la ratification des traités de paix
« qui seront conclus avec chacune des puissances
« ennemies intéressées par les dites opérations.

« ART. 2. — Le président du Conseil, ministre de
« la Guerre, le ministre de la Justice, le ministre de la
« marine sont chargés, chacun en ce qui les concerne,
« de l'exécution du présent décret. »

Ainsi donc, voilà la question heureusement réglée pour les militaires faisant partie des corps expéditionnaires envoyés dans les pays avec lesquels la France se trouve en état de guerre. Mais ceux-là ne sont pas les seuls intéressants. Que de jeunes Français sont, du fait de leurs obligations militaires, éloignés de la mère-patrie, pendant de longs mois et parfois même des années ! Certains sont au Maroc, où ils mènent la dure vie pleine de combats journaliers qui ne leur permettent pas d'obtenir facilement des permissions. D'autres tiennent garnison en Indo-Chine, en l'Afrique Occidentale Française, à Madagascar. Il s'écoulera souvent un temps considérable avant que, rappelés par un câblogramme, ils puissent regagner leurs foyers. A tous ceux-là aussi le législateur aurait dû accorder le bénéfice de la loi du 4 avril 1915. Que l'on ne nous objecte pas le peu d'applications pratiques que rencontrerait le maintien dans notre législation du texte

qui a fait l'objet de notre étude. Nous signalons, à titre documentaire qu'à l'île de la Réunion, anciennement Bourbon, pour une population relativement restreinte — moins de deux cent mille habitants — il a été célébré, pendant la guerre, 12 mariages par procuration (1).

Nous allons plus loin et nous estimons que non seulement on devrait adopter de façon définitive les dispositions transitoires créées par la loi du 4 avril 1915, mais encore en étendre le bénéfice à tous les Français indistinctement, en âge de se marier, et ne pouvant, pour une raison majeure, se présenter en personne devant l'officier de l'Etat civil.

Le mariage, pour le législateur n'est plus qu'un simple contrat, résiliable, on le sait, avec quelle étonnante facilité. Eh ! bien, qu'on rende la formation de ce « *contrat* » plus aisée encore en permettant à l'une des deux volontés en présence de se manifester par l'intermédiaire d'un mandataire dûment qualifié.

Le nombre peu élevé de mariages par procuration ne rendrait peut-être pas cette mesure nécessaire ou même utile ? Pitoyable argument ! L'odieuse loi du nombre a comme cela assez d'injustices criantes à son actif, pour ne pas être invoquée ici. N'y aurait-il

(1) Ces chiffres nous sont fournis par M. Paris Leclerc, notaire à Saint-Paul (Ile de la Réunion).

qu'un mariage par procuration célébré en France chaque année, ce serait suffisant pour en justifier le principe et l'adopter.

Vu :
Le Doyen,
F. LARNAUDE.

Vu :
Le Président de la thèse,
R. PIÉDELIÈVRE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
G. APPELL.

PLAN

CHAPITRE PREMIER

SECTION I. — Du mariage par procuration en Droit ro- main	9
SECTION II. — Du mariage par « procureur » en Droit canonique	13
SECTION III. — Du mariage par procuration en Droit fran- çais, jusqu'au Code civil.....	23

CHAPITRE II

SECTION I. — Dispositif général de la loi du 4 avril 1915.	29
SECTION II. — A quels mobilisés s'applique la loi.....	35
SECTION III. — Du mandataire.— Son rôle.....	41
SECTION IV. — Forme de la procuration.....	53
SECTION V. — Conditions de fond et de forme du mariage.	57

CHAPITRE III

SECTION I. — Le mariage par procuration à l'étranger...	67
SECTION II. — Conclusions. Utilité de la loi, son maintien désirable dans notre législation	69

BIBLIOGRAPHIE

BASDEVANT. — *Des rapports de l'Eglise et de l'Etat dans la législation du mariage du Concile de Trente au Code civil.* Thèse. Paris 1870.

BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — *Traité des contrats aléatoires.* — in-8°. Paris 1907, 3^e éd.

ABBÉ BOUDINHON. — *Le Canoniste contemporain* (1915).

ESMEIN. — *Le mariage en droit canonique.* (2 vol. in-8°.)

GIRARD. — *Manuel élémentaire de Droit Romain* (5^e éd., 1911).

GLASSON. — *Du consentement des parents au mariage* (1891).

E. LEVY. — *La Loi*, des 6 et 7 janvier 1915.

La Loi, des 14 et 15 avril 1915.

M. PLANIOL. — *Traité élémentaire de Droit civil*, 7^e éd. 3^e vol. in-8°.

POTHIER. — *Traité du contrat de mariage.*

Le Temps. — Du 29 avril 1915.

VAZEILLE. — *Traité du mariage.*

A. WAHL. — *La Revue Trimestrielle de Droit civil* (1915).
